IESVS, MARIA, IOSEPH.

Tibi derelictus est Pauper,
Orphano tueris Adiutor.

# DISCVRSO APOLOGETICO.

# POR LOS NIÑOS EXPOSITOS DE LA

Congregacion de San Ioseph de esta Ciudad, Herederos de Iuan Baptista de Luna,

Y

EL LICENCIADO DON IVAN DVRAN DE TORRES, Abogado de esta Real Audiencia, su Administrador.

EN EL PLEYTO

CON

DOÑA ANGELA CORTES, MVGER DEL General Don Lorenço Fernandez de Cordoua, Cauallero de la Orden de Santiago.

IESVS, MARIA, IOSEPH.

*Tibi derelictus est Pauper,*
*Orphano tueris Adiutor.*

# DISCVRSO APOLOGETICO.

## POR LOS NIÑOS EXPOSITOS DE LA

Congregacion de San Ioseph de esta
Ciudad, Herederos de Iuan
Baptista de Luna,

Y

EL LICENCIADO DON
IVAN DVRAN DE TORRES,
Abogado de esta Real Audiencia,
su Administrador.

EN EL PLEITO
CON
DOÑA ANGELA CORTES, MVGER DEL
General Don Lorenço Fernandez de Cordoua,
Cauallero de la Orden de Santiago.

N. 1. A Quatro puntos se reduze lo que latissimamente se ha escrito por parte de Doña Angela. En el primero pretende, que se obsta à los Expositos la excepcion de cosa juzgada en otra execucion que se hizo por la misma renta de otros años en todos los bienes de la disposicion de Iuan Baptista de Luna. En el segundo, que el legado de los doze reales cada dia, es de alimentos. En el tercero, que en la causa principal (quando no huuiera cosa juzgada) se auia de confirmar el mandamiento de execucion cōtra todos los bienes de la dicha disposicion, porque todos estan afectos y obligados a el legado annuo, o diario que pretende Doña Angela. En el quarto se responde algunos textos de la materia.

2 Lo contrario pretenden los Expositos, y q̄ el auto de vista se ha de enmendar, en quanto por el se mandô que el mandamiento de execucion se entendiesse solamente contra el Oficio de Escriuano de la Iusticia perteneciente à esta disposicion, y que absolutamente se ha de reuocar el mandamiento de execucion.

Larga y doctamente se ha discurrido por parte de Doña Angela, y aunque yo quisiera estrechar la respuesta, no ha de ser possible, respecto de lo mucho que se ha escrito.

## QVOAD PRIMVM,

### De exceptione rei iudicatæ.

3 SVpuesto que el pleyto en que se confirmô el mandamiēto de execucion por autos de Vista y Reuista fue executiuo; corre con llaneza la conclusion que fundamos, de que ex eo non nascitur exceptio rei iudicatæ.

4 Lo primero, porque no huuo en el pleno conocimiento de causa (aunque el contrario autumat que lo huuo) porq̄ para que se diga que lo huuo, es necessario que aya liticontestacion, y que sea recebido à prueba. Bart. in l. à Diuo Pio. § si super rebus. D. de re iud. opposic. 1. Vicentius de Franchis decis. 289. n. 4. Todo esto faltô, porque el pleyto se vio por expediente, y con sola relacion de el Escriuano; se determinò en ambas instancias: y assi por esta razon sola es cosa constāte

que la Executoria en via executiua non parit exceptionem rei iudicatæ, latè Scaccia de re iud. glos. 14. q. 2. n. 10. & seqq.

5 Et sententia quæ lata non est secundum ordinem iuditiorum, non habet vim rei iudicatæ l. prolatam. C. de sent. & interlo. omn. iud. Et talis est ea quæ profertur in iuditio summario, & multo magis in executiuo, ergo non habet vim rei iudicatæ. Bald. in l. 2. in fin. C. de ædendo. Y lo que mas es, q̃ aun quando ay plena probança en el juyzio sumario, todavia la sentencia en él pronunciada non habet vim rei iudicatæ, vt doctè defendit Fachineus lib. 10. contro. iuris. cap. 80. Y assi quod est cognitum & decisum in iuditio summario, potest deduci & decidi in alio iuditio l. à diuo Pio §. si super reb. D. de re iud. l. penult. D. qui sunt sui, vel alie. iur. & alia iura, quæ ipse Fachin. tradit in princip. d. cap. 80.

6 Lo segundo, porque para q̃ las excepciones opuestas por el Reo (aunque fuesse en juyzio ordinario) quedassen vencidas, taliter que en fuerça de cosa juzgada, no se puedan oponer en otro juyzio, no solo se requieren las tres identidades de la ley cum quæritur. D. de except. rei iudicatæ (sean con la censura que se dize num. 12. & seqq. dict. iuris alleg.) sino otros tres requisitos particulares de la materia indiuidual de este pleyto.

7 El primero, que sobre la excepcion que se opuso (aunque sea en via ordinaria) aya auido pleno conocimiento de causa, ex supra tradditis, & est textus optimus in l. si autem 8. §. si quocumque modo. D. de negot. gest. *Si quocumque modo* (ait Vlpianus) *ratio compensationis habita non est à iudice, potest contrario iuditio agi: quod si post examinationem reprobatæ fuerint compensationes, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iuditio non posse.* Dos casos pone este texto: en el primero no huuo conocimiento de causa sobre la cõpensacion opuesta por el Reo, *& agi potest*: en el segundo, *post examinationem*, amplius agi nõ potest. l. quod in diem. §. si rationem, vers. Aliud dicam. D. de compensat. vbi Bart. & Castr. y Anton. Fabro en los racionales ad dict. §. si quocumque, en la palabra, Si post examinationem, dize: *idest post discussam quæstionem facti.* De modo que no basta que se aya conferido de la question de Derecho, sino que es necessario quod discussa sit quæstio facti, y esto no se haze, sino es recibiendo la causa a prueba, precediendo litis contestacion.

El

8 El segundo, que la excepcion expresse sit reprobata in ipsa sententia. l. qui Romę. §. duo fratres. D. de verbor. obligat. vbi Castr. n. 7. Bart. & Castr. in l. si autem. §. quo modocumque. n. 2. D. de negot. gest. & in l. 1. n. 7. C. de ordine iuditior, communiter receptus ex Antonio Gabriele, titul. de except. conclus. 2. n. 14. & 15. Alciatus in dict. §. si quocumque, verbo, si probatæ, dize, *id est, reiectæ tanquam improbæ.* En nuestro caso no huuo expressa exclusion de las excepciones que alegamos, si solo confirmarse el mandamiento de execució per relationem.

9 El tercero, quod repulsio sit, non quia non probata, sed quia nõ certa fuit exceptio d. §. duo fratres, ibi: *Quasi de eo quo que transanctum fuisset.* Porque estas palabras, como dize Baldo. n. 6. & 7. son del Iuez, *& prolata per modum causæ, & sunt expressiua voluntatis,* y del motiuo que tuuo el Iuez; Ripa ibidẽ n. 9. Cæsar Contardus in l. 1. C. de moment. poss. limit. 2. §. 6. n. 15. en la dicha execucion no huuo probança, ni precedio a la Executoria, y assi se ha de presumir in dubio, quod ob defectum probationis repulsæ fuerunt exceptiones, Bart. in l. Iulianus verum debitorem n. 3. D. de cond. indeb. Socin. cõsil. 99. n. 4. lib. 1. Todos tres requisitos los juntò la decision 3. de Magonio n. 28. & 29.

10 Pero en nuestro caso, demas de faltar los tres requisitos referidos, en quanto a las excepciones regularmente hablando apenas se puede dar cosa juzgada; porque exceptiones non faciunt instantiam, vt traddit additio Baldi in l. 3. num. 6. D. ad exhib. & in l. per hanc. C. de temp. appe. n. 9. Castrẽs. in l. filio pręterito. n. 6. de iniusto rup. Roma cons. 88. n. 9. & est text. in l. vendicantem, cum l. sequenti. D. de euict. vbi probatur quod id quod est in iuditio decisum & cognitũ per modum exceptionis, potest in alio iuditio deduci, atque cognosci.

11 Contra esto no haze lo que se dize num. 26. contrariæ allegationis, porque para los autos primeros no huuo pleno conocimiẽto de causa, pues era vn juyzio executiuo, por particulares decursas. Y Lara, y Sesse en los lugares que se alegã en este numero, hablan en el juyzio sumario de la exhibició en que huuo conocimiento de causa bastante para aquel juyzio, y la causa se recibio a prueba, y entonces: *Sæpiùs ad exhibẽ*

*dum agenti, si ex eadem causa agit obstaturam exceptionẽ Iuliani nit.* l. de eo. 12. §. sæpiùs. D. ad exhib. Esto no tiene que ver con el pleyto executiuo en que prouisionaliter proceditur, sin que preceda conocimiento de causa con prueba, aunque el punto y question sea de Derecho que se ha de examinar en el termino de ella. Y quando son alegaciones de Derecho, se pueden oponer etiam post rem iudicatam ad impediendam executionem. Trentacinchius lib. 2. resolut. 1. n. 39. tit. de excep.

12 Ay otra cosa particular y nueua despues de los autos de la execucion passada, scilicet la muerte de Iuan Quirôs de Montoya, que fue vno de los grauados à la paga de el legado, o fideicommisso annuo, o dial, que el testador mandò le pagassen à Doña Angela. Con que supuesto que ay nueua causa para excluir su pretension, tambien como si la tuuiesse el Actor para pedir, no le obstaua la cosa juzgada assi no le debe obstar a el Reo para oponer esta excepcion, pues Doña Angela non habet eandem causam petendi, vt inquit Fab. lib. 7. C. tit. 22. defin. 4. n. 3. in alleg. y los Expositos habent aliam causam excipiendi l. si mater. 11. §. eam diem. l. cùm quæritur. 12. & seqq. l. siquis. l. si cum vno. 22. D. de except. rei iud. & causa venit ad non causam; y esta excepcion que nueuamente sobreuino, se puede y debe admitir quocumque tempore, ex Roderico Suarez alleg. 5. n. 7. & 8. Carrocio de except. except. 65. maximè siendo excepcion peremptoria, quæ perimit legatũ & causam percipiendi, idem Rodericus dict. alleg. 5. n. 13.

13 Lo tercero, porque por el mismo caso que este legado, o fideicommisso, es annuo, o diario, se funda bien, que en el pleyto que se siguio por vna paga, aunque aya Executoria, non parit exceptionem rei iudicatę para las demas, ex latè tradditis à Salgado de Reg protect. 4. p. cap. 7. nu. 133. & seqq. & alijs per eum allegatis. Porque cada año es nueua obligacion, y distinta. l. si seruus communis §. fin. ff. de stipulat. seruorum. l. & an eadem §. actiones. D. de except. rei iudicatæ. Salgad. n. 139. & 144. adonde haze la distincion ordinaria entre los contratos de censo, en q̃ para todos los años ay sola vna obligacion, y los legados annuos, en que cada año ay diferente obligacion de cumplir alguna cosa: siquidem solutiones annuę tot habent præstationes & obligationes, quot anni. Dñs Larrea decis. 16. nu. 20. Gratianus cap. 883. num. 14.

Y aun-

14 Y aunque en la dicha Alegacion num. 27. & seqq. se hazē algunas aduertencias contra Salgado, diziendo que no percibio la doctrina de Ripa, y impugna su distincion recebida por todos: y insiste todavia en que aora se trata de la misma question que en el otro pleyto, y que Ripa solo dize q̄ quando no se opuso la excepcion en el primero pleyto, la puede oponer en el segundo, y que lo mismo sigue Rodriguez. Vnico verbo se responde, que todos los autores que tratan de la materia, van con la distincion referida y seguida por Salgado, y por Lara, de vita hominis cap. 27. num. 58. y la distincion es juridica, porque como en los legados annuos, y obligaciones annuas tot sunt legata & obligationes, quot anni, y se requiere verificacion dela vida de quien los ha de recebir seu debitoris qui ea debet solui, si es por su vida, y cada año ay nueua question y nueuo derecho; por esta razon la cosa juzgada por la renta de vn año, queda circumscripta a ella, y no causa perjuyzio para la de otro año, vt resoluit Lara vbi sup. Y assi aconseja Simon de Pretis, de interpretat. vltim. volunt. lib. 5. interpr. vlt. vol. dub. 3. n. 95. q̄ para euitar tantos pleytos, que se ponga la demanda paraque el deudor sea condenado a pagar singulis annis successiuis, y esto no se haze pidiendo execucion por vn año. Y la question de Ripa y su resolucion, ni es para este pleyto, ni me parece a mi que tenia duda; porque si en el primer pleyto no se opuso la excepcion, no parece que la tiene de que la puede oponer en el segundo. La duda es, si auiendose opuesto en la primera paga, & eam reiecit Iudex, si la podrà poner en la segunda, y bolnerla a refricar? Que es nuestra questiō, en que ay la resolucion que queda referida, y comprobada.

15 Lo quarto, porque si en este papel fundamos que Doña Angela no tiene derecho ni accion para lo que pretende, (aunque huuiesse cosa juzgada) deben ser oydos los Expositos, oponiendo de non iure actoris, que exceptio semper admittenda est, Fab. lib. 3. C. tit. 23. diff. 5. num. 3. in alleg. y que de la misma clausula del testamento de que se vale Doña Angela, resulta euidente excepcion contra lo que pide, justamente pretendemos con ella impedir la execucion de este pleyto, Farin. 1. p. recentiorum, decis. 162. nu. 39. Flaminius Chartarius decis. 20. n. 15. quia dimanant ex eodem fonte, ex

quo venit petitio: ex pluribus Carrotius de except. except. 154. Y vltimamente quando nõ agitur actione iudicati, sed prima actione, possunt opponi, las mismas excepciones que en el primero juyzio, vt ex l. duobus. D. de re iud. traddit Trẽtacinchius dict. tit. de excep. resolut. 1. num. 37.

16 Con lo que queda referido se satisfaze a todo lo que en este punto se alega por la otra parte, y en particular a el lugar de Ripa, que alega Salgado de Reg. protect. 4. p. cap. 7. n. 149. y entendido bien, comprueba lo que dexamos fundado.

17 Lo primero, porque Salgado claramente supone dos cosas. La vna, que la demanda no fue solo por la rẽta de vn año, sino por el derecho radical y primero de percebir la rẽta quotannis: *Si consideres in casu illius textus* (que es la l. 1. C. de fideicom.) *non agi de vna, altera vè annua præstatione, sed ius ipsum principale, & ipsa causa primæua, à qua proueniunt præstationes, deducta fuit in inditium pro tempore decurso, & præsenti, & futuro, vt durante legati tempore successiuis annis legatum ipsum solueretur.* La segũda, que auiendose deduzido in iuditium esta pretension y demanda, huuo sobre ella conocimiento de causa, porque la demanda concluyò que el Reo fuesse condenado ad præstãdos fructus pro omnibus annis futuris, præsentibus, & præteritis.

18 Todo esto no tiene que ver con nuestro caso, antes supuesto que faltò en el, se ha de dezir lo contrario: porque ya se cõfiessa por la otra parte, *que no pidio mas de la renta corrida, porque no podia pedir execucion por lo que no estaua corrido, ni se debia.* Y aũque tambien dize que basta auer deduzido el derecho en la relacion del pedimiento, esto es contra el mismo lugar de Salgado, de que se vale; porque dize que la demanda ha de ser de el derecho, y concluir pidiendo condenacion por los frutos preteritos, presentes y futuros: y aun en este caso era necessario que la sentencia fuesse conforme a la demanda, y no bastara que la condenacion fuesse por la renta de vn año. Quod comprobatur conque en aquella question: Vtrũm la sentencia en que el Iuez condenò a el padre a que dè alimentos a el hijo, produzga efecto de cosa juzgada para la causa de filiacion? Y siendo assi que esta causa de alimentos en que el hijo los pide a el padre, lo principal de que se trata es de la filiacion, y que en ella se deduze este derecho, y se controuierte per modum causæ efficientis; todavia no causa perjuyzio a

la

la causa de filiacion, quia non pronunciauit Iudex illum esse filium, sed ali debere. l. si quis à liberis. §. si vel parens. D. de lib. agn. late Surdus de aliment. tit. 1. q. 126. De que resulta que quanto quiera aya deduzido Doña Angela el derecho principal de este legado, supuesto que el pedimiento y los autos solo fueron por la renta de vn año, no pueden causar perjuyzio de cosa juzgada, para que in perpetuum no se le pueda oponer la excepcion de que no se le debe pagar, muertas las personas grauadas, porque el Iuez no pronunciò tal cosa, si solo mandò executar por la renta corrida.

19 Con la limitacion que Surdo pone en el num. 10. a la resolucion de aquella question, se comprueba mas esta defensa, porque dize que lo dicho se limita quando *in causa alimentorum plena facta fuit probatio, & sententia inde secuta.* Esto es necessario aun en vn juyzio sumario, en que el modo de proceder es mas largo que en vn juyzio executiuo, en que los terminos y forma de enjuyziar es tan estrecho y limitado: y cõ todo en aquel no basta para causar perjuyzio, y quiere la otra parte que baste en este.

20 A esto satisfaze la otra parte, con dos cosas. La vna es dezir, que en el pedimiento añadio: *Y si otro mejor pedimiento me conuiene hazer, &c.* No sè de que puede seruir esta clausula, para que auiendose contentado la otra parte con pedir mandamiento de execucion por la renta de vn año, por ella se entienda que esta demanda para todos los años siguientes, y q̃ la executoria que confirmò el mandamiento de execucion por las decimas de vn año, sea cosa juzgada para los demas: siquidem sententia est stricti iuris, nec ab eius verbis recedi potest. l. Imperator. 8. D. de postulando Antonius Fab. lib. 7. C. tit. 19. defin. 1. num. 3. in allega.

21 La otra, que basta q̃ la demanda en su relacion propusiesse la causa generalmente, aunque en la conclusion no lo pidiesse todo, para lo qual alega la ley del Reyno, Azebedo, y Antonio Gomez. Si el pleyto fuera por demanda ordinaria, cõ sola la relacion y pedir justicia, corria bien este discurso: pero en vn pedimiento de execucion, aunque se haga en el como en todos se haze, relacion de la deuda y causa de donde proviene, no basta para que se pueda aplicar la ley 10. tit. 14. libro 4. ibi: *Contenìendose todavia en la demanda la cosa que el demandador,*

*dador entendio demandar.* Bueno es esto para vn pleyto executiuo, en el qual nondum causa deducta fuit in iudicium, neque lis contestatur: argumento l. si neget. D. de lib. agnosc. l. 7. tit. 19. partita 4.

22 Y finalmente no huuo pleno conocimiento de causa, porque no bastan para esto que se ayan hecho alegaciones por las partes, sino litisconestacion, y que la causa se aya recebido a prueba; & ex supra tradditis resulta, que en nuestro caso proceden traddita à Salgado supr. num. 144. & 146. Y en el numer. 149. in fine comprueba lo que dexamos dicho, y auiendo respondido a la l. 1. C. de fideicom. que embaraçò tanto a Ripa, dize: *Nos autem loquimur, quando est actum ad vnam alteram vè præstationem dumtaxat, non ad ius principale.* Porque esto no se deduze ni intẽta en la via executiua, en q̃ solo se piden las decursas antecedientes por via executiua.

23 Lo segundo, porq̃ en los Autos de la Audiencia no huuo expressa reprobatio exceptionis. Lo tercero, porq̃ ya oy ay nueua causa excipiendi, con auerse acabado la renta diaria, & exceptio orta post sententiã, vel in ipsa sentẽtia, opponi potest post sententiam. l. & post rem. D. de trãsact. Trentacinqui lib. 2. resolutione. 1. num. 19. Y aunque la cosa juzgada se puede justificar in via executiua, ita pariter potest impugnari ex noua causa ad effectum suspendendi in executione, Dom. Episcopus Paulus Duran, decis. Rotæ 12. n. 9. & est plusquam certissimum exceptiones ortas post sententiam posse opponi post sententiam, & cessare vim, & effectum sententiæ, ex iuribus & Auctoribus traditis à Sesse de inhibit. cap. 2. §. 4. n. 28. y bastara para que no embaraçasse la excepcion rei iudicatæ, que vbi seduda, ò fuesse disputable si la auia o no, para juzgar contra ella, Marta tom. 1. digestorum nouissimorum, tit. de except. cap. 9. in fine. Con q̃ es forçoso entrar en los Articulos de la causa principal.

## QVOAD SECVNDVM.

### Si el legado sobre que se litiga es de alimentos.

24 POCO nos embaraça este punto, porque sea ò no sea el legado de alimentos, no importa para la perpetuidad del, si por la clausula (como luego se dirà) consta

que

que fue circunscripta a las personas nombradas en el oficio: pero toda via es digno de censura lo que en este punto se dize por la otra parte: porque aunque el legado annuo censetur relictum pro alimentis, esto se entiende quando se dexa a persona pobre, vt resoluit Mantica de coniecturis vlt. volunt. lib. 7. tit. 11. num. 18. & est textus quem non allegat Mantica in l. cum ij. §. si in annos singulos, vbi Bart. D. de transact. & alia plura allegat Surd. de alimentis, tit. 2. quæst. 12. num. 1. & misericordiæ causa l. 6. de cessio. bon. para q̃ no se consuma de vna vez, sino se vaya consumiẽdo en alimentos, y por esta causa se suele conuertir en legado diario: Marcial lib. 3. Epigra.

*Cum vitijs essent danda diurna tuis.*

25 Pero muchas vezes el legado annuo no es de alimentos ni se dexa por comodidad de el legatario, antes si, para aliuiar a el heredero, y no grauarlo con la obligacion de pagarlo todo de vna vez. l. nec semel. 12. §. sed et si. l. si cũ præfinitione, ibi: *Sed in plures pensiones exonerandi hæredis causa*. D. quando dies leg. cedat, & alias fuera vna misma cosa el titulo de annuis leg. y el de alimentis leg. como lo notô Cujacio en el tit. de annuis leg. y la diferencia de las Rubricas denota bien la que ay de vn legado a otro, argumento text. in l. si idem. C. de codicilis, per quam iactare solent DD. quod nomina diuersa, & tractatus diuersos ostendũt, & operantur effectus, vt per Bart. Salicet. Angel. & Alex. in d. l. si in die. Angelus cons. 302. Oldrad. cons. 121. Surdus decis. 139. num. 1.

26 Y para que en este caso no sea de alimentos, se ponderan dos cosas. La primera, que fue euidente voluntad de el testador que se pagasse cada dia exonerandi legatariorum causa, que fueron los grauados a pagar doze reales cada dia, porque cada dia se perciben los aprouechamientos de los Oficios de Escriuanos de la Iusticia, en que dexò nombrados a Iuan Quiros de Montoya, y Geronimo de Vargas cõ el dicho grauamen, y siempre se dan estos Oficios, o por arrendamiento, o en otra forma a pagar la pension cada dia, por comodidad de quien los vsa, conque parece que el testador mirò a la comodidad de los grauados, que cada dia auian de percebir los aprouechamientos, y cada dia pagar

el

el gravamen, y no obligarlos a que pagassen el valor de el principal que valia el vso de ambas plazas: *Quoniam non legatario, sed heredi prospectum volunt*, vt inquit Vlpianus in d. §. sed etsi.

27 La segunda, porque en el mesmo testamento le dexò Iuan Bautista de Luna a D. Angela la renta de dos años de sus Iuros, q el mesmo dize q valen 11 U. ducados, y los muebles, y joyas de oro y plata, que dize valian tres mil ducados; dos casas principales que tenia de por vida en la calle de la Carpinteria. Con esto se comprueba bien, que este legado no es de alimentos, supuesto que se dexò a quien por el testamento se le dexaron otros legados, y tan copiosos, que importan mas de 20 U. ducados. Y aunque Doña Angela es persona muy noble, hija natural de Don Geronimo Cortes, Cavallero de el Habito de Alcantara, Iasson tiene por dote bastante mil ducados para vn Conde, cons. 133. num. 6. lib. 4. Baldus cons. 255. lib. Cassaneus in consuetud. Burg. Rubrica 7. §. 12. num. 7. Alciatus cons. 252. num. 1. Surdus decis. 61. num. 9. y Baeça hablando de vn hombre que tenia cinquenta mil ducados, juzga por dote competente tres, o quatro mil ducados para su hija; *Quibus* (inquit Baeça de non meliorandis, cap. 1. numero 9. ad medium) *& maritum inueniet honestum, & doctum, & dignitatem tueri poterit, & sibi parem forsam diuitem nanciscetur*: y Doña Angela con lo que le dexò Iuan Bautista de Luna, casò con D. Lorenço de Cordoua, Cavallero de el Orden de Santiago, y General de la Flota, y assi no se debe presumir que fue para alimentar este legado, o fideicommisso, bonus textus in l. Firmio 26. §. fin. D. quando dies leg. cedat, vbi Papinianus talem proponit speciem. Vn padre instituyò a su hijo por heredero, y a su muger le dexò el vsufructo de ciertos bienes, con cargo de dar a el hijo certam annuam pensionem hasta que tuviesse veinte y cinco años: muriò el hijo antes de cumplirlos. Dudòse, si la muger tenia obligacion de pagar a el heredero de el hijo esta annua pension hasta que se cumpliesse el tiempo en que el hijo cumplia los veinte y cinco años? Dize Papiniano, q se debe pagar a el heredero de el hijo. Y claro està, que si se juzgàra esta annua pension por de alimentos, se extinguiera con la muerte de el hijo, y la razon

porque

porque no se tuuo por tal, fue porque el padre lo auia instituido por heredero, vt post Acur. in l. Codicillis. D. de ann. leg. notauit Cujatius lib. 9. respons. Papin. in dict. l. Firmio §. final.

## QVOAD TERTIVM.

28 PRetenden los Expositos, que este legado de Doña Angela se acabò, y fenecio con auer muerto Geronimo de Vargas, y Iuan Quiros de Montoya: y porque la mayor y mas eficaz conjectura para interpretar la voluntad de el testador desumitur ex verbis testamenti, ad latè traddita per D. Cast. lib. 4. quotidianarum, num. 1 se pone aqui la clausula a la letra, y luego se harâ discurso en las palabras, las quales sin necessidad de mucho estudio hazẽ clara esta pretension.

29 *ITem, por quanto por clausula de este mi testamento, yo dexo mandado que vsen la plaça mayor de Escriuano de la justicia Iuã Quiròs de Montoya, y vna de nombrado Geronimo de Vargas, y acudiessen con lo que quisiessen a la dicha Doña Angela Cortès, y que esto fuesse durante el tiempo que vsassen los Oficios que no se vendiesse: aora enmendando la dicha Clausula, quiero y es mi voluntad que los dichos Iuan Quiròs de Montoya, y Geronimo de Vargas gozen de las dichas plaças de Escriuanos de la Iusticia, durante sus vidas, con cargo y grauamen que cada vno de ellos tenga obligacion de pagar cada dia de fiesta y trabajo a la Doña Angela Cortès doze reales en cada vn dia, cada vno de ellos seis, durante los dias de la vida de la dicha Doña Angela: y si falleciere la dicha Doña Angela Cortès, y fueren viuos los susodichos, ayan de pagar y paguen la dicha renta al dicho respecto a la dicha Obra pia.*

30 De esta Clausula se colige con claridad, que Geronimo de Vargas, y Iuan Quiròs de Montoya fueron legatarios del vsufructo de los Oficios, vt constat ibi: *Gozen de las dichas plaças de Escriuanos de la Iusticia durante sus vidas.* La palabra *Gozen*, latinè, *Fruantur*, es propria de el vsufructo, y no pudo con otra mas clara significar su voluntad de que fuessen vsufructuarios del dicho Oficio: *Verbum enim frui, plus est quàm vti, nam hoc est, ad necessitatem & vsum vti: frui autẽ est omnem rei fructum, commoditatemque, & vtilitatem percipere.* l. 1. D de loco publ. fruendo. l. 1. in fin. D. si ager vectig. l. 7. §. Papinian. D. solut. matrim.

31 Este vsufructo lo dexò el testador a los nombrados, *con cargo y grauamen de pagar a Doña Angela doze reales cada dia cada vno de ellos, &c.* Estas palabras claramente denotan que el grauamen fue limitado a el goze del Oficio, y personas a quien se dexaua, y es condicion puesta a el goze, y a los que han de gozar, que tienen obligacion de cumplirla ellos, como se prueba bien con la palabra, *Con cargo y grauamen:* verbum enim *Cum*, induze condicion, maximè quando adijcitur verbo futuri temporis, Cumanus cons. 60r. n. 3. Romanus cons. 438 n. 4. Decianus cons. 34 nu. 43. lib. 3. como si dixera, si pagaren, o si dieren l. qui promisserit. D. de condict. indeb. l. quicumque. §. non solùm. l. huiusmodi stipulatio. D. de verborum oblig. Zephalus cons. 22. n. 4. vol. 2. plura congerit Dñs Larrea decis. 16. n. 22. Y quando se vsa de esta diccion tanquam, præpositione iuncta vno cō otro, de tal modo quod diuidi non potest, DD. in l. Gallus. §. & quid si tantùm. D. de liber. & posthum. Surdus de alimen. tit. 2. q. 7. n. 3. & seqq. & in dec. 8. n. 9. & est text. in l. Titius §. nihil. l. si quis inquilino. D. de leg. 1.

32 Y hazese euidente que fue grauamen solo de los legatarios. Lo primero, porque este no fue propriamente legado ab herede relictum, ni el heredero fue el grauado de dar los doze reales cada dia, sino fue vn fideicommisso dexado de los Escriuanos, a quien el testador le dexô el vso y goze de los Oficios, o ya como de legatarios, o ya como de deudores de lo que debian pagar por el vso, a los quales se puede grauar per fideicommissum, por el rescripto de Diuo Pio, l. si pecunia 77. loquitur de debitore. D. de leg. 1. l. cum quis 37. §. Pater. D. de leg. 3. loquitur de legatario. l. 36. titul. 9. partit. 6. ibi: *La vna en agrauamiento.* Donelus lib. 8. comment. cap. 7. & ibi Osualdus lit. H. Quod quidem probant verba testamenti, ibi: *Con cargo y grauamen de pagar a D. Angela cada dia, cada vno de ellos seis reales.* Quod quidem fideicommissum propriè dicitur. l. 15. D. de auro, & argen. l. 14. §. 1. D. ad leg. Falcid. l. 2. §. 1. D. de suis, & leg. hæred. Y no ay palabra en todo el testamento que hable con el heredero para en quanto a este fideicommisso, o legado, de que se infiere bien que fue solo grauamen de los Escriuanos, y no de el heredero. princip. instit. de sing. reb. per fideicommissum, vel. Donel. lib. 8. cōment. cap. 2.

Nec

33 Nec moramur in cauillatione, q̃ se haze por la otra par-
te en la palabra *Pagar*, diziendo q̃ esto solo mira a la execu
cion, y que aliàs se supone este legado como hecho. Hæc
enim est mera cauillatio, supuesto que no ay otra clausula
ni oracion en que fundar este legado, ni que en quanto a
el hable con el heredero: y aũque ay otra antecedente, vna
y otra son entre los Escriuanos, y Doña Angela. Y es frequẽ
tissimo modo de legar este en nuestro Derecho, porque to-
dos los fideicommissos y legados de damnacion relinquũ-
tur per verbum Dandi, Præstandi, Soluendi l. 4. §. fin. D. de
leg. 1. & passim. Y la obligacion radical, y la execucion de
la paga toca a el grauado, y en nuestro caso, sino se enten-
diera que los grauados y obligados a la paga son los Escri-
uanos, se siguiera absurdo intolerable: porque el testador en
la misma Clausula dispone, que muerta Doña Angela, pa- 34
guen los Escriuanos los doze reales a los herederos; y si fue
ra grauamen de estos, fuera legado à se ipsis hæredibus, con
tra textum in l. legatum 116. §. 1. D. de leg. 1. Donel. lib. 8.
com. cap. 7. cum mille alijs adductis à Cardinali Tuscho,
lit. L. conclu. 67 per totam. Y ya se sabe la fuerça que tie-
ne la inteligencia de los Derechos y disposiciones, escusan-
dolos, y euitandolos de el absurdo l. si ita 39. in fine. D. de
oper. libert. l. nam absurdum. D. de bonis libert. Mant. de
coniecturis vlt. lib. 3. tit. 7. Euerardus in topicis leg. loco 8.
Y no es de importancia lo que se dize num. 44. de que se es-
criuio mal la Clausula, y que se ha de suplir la palabra *Le-* 35
*go, Mando, vel Relinquo*. Porque demas de que esto es perfun
ctorio, y sin fundamento de Derecho para la perfeccion y
inteligencia de esta disposicion, no se necessita de suplir co-
sa alguna, porque està perfecta y bien ordenada: *Gozen de los
Oficios con cargo de pagar a Doña Angela doze reales cada dia*. Y
no se para que es necessario suplir aqui cosa alguna, ni que
le falte, ni que se pueda suplir, antes strictè legatum & fidei
commissum est interpretandum, & intelligendum l. num-
mis de leg. 3. l. apud Iulianũ, aliàs idem Iulianus. §. scio. l. si
ita scriptum in fin. D. de leg. 1. quia est odiosum. l. cum qui
dam. D. de lib. & posth. cap. odia de reg. iur. in 6. & continet
odium l. cohæred. §. cum filio. D. de vulg. & reijcitur tan-
quam grauamen l. quoniam, in priorib. & glos. in l. ex tri-
bus,

bus C. de inofficioso test. & remissio fideicommissi censetur fauorabilis.l. fideicommiss.C. de transact. l. 1.C. de pactis, & cum ademptio legati, & fideicommissi sit fauorabilis; ergo datio est odiosa.l. si fuerit, vbi Castr. D. de reb. dubijs, quia vt inquit Cicero lib 5. Tuscul. contrariorum cõtraria sunt consequentia. Y tan lexos està de que se puedan suplir palabras, que antes quando faltan, o cessan verba fideicommissi nunquam intelligitur subesse fideicõmissũ, & in dubio pronuntiandum est nullum esse fideicommissum l. Lucius. § tres hæredes. D. ad S. C. Trebel. vbi Aretinus, Dinus, & Alber. Socinus consi. 113. n. 8. vol. 1. & in l. si fuerit. D. de rebus dubijs. n. 5. Corneus cons. 186. num. 11. & & cons. 304. n. 14. in fin. vol. 3. Alciatus in l. Centurio. n. 58. D. de vulg. & pup. Zephalus cons. 45. n. 12.

34 Lo segundo, per text. expressum decisiuum huius litis in l. Titia. 19. D. de ann. leg. cuius hæc sunt verba: *Titia hærede Seya scripta, vsumfructum fundi Mæuio legauit, eiusque fideicommissit, in hæc verba: A te Mæui ex reddit u fundi Speratiani præstari volo Arrio Pãphilo, & Arrio Sthico ex die mortis meæ annuos sextentos quotannis, quoad viuent*. Murio Meuio, y consolidose el vsufructo con la propriedad, que es lo que sucedio en nuestro caso: dudose, si los herederos q̃ en nuestro caso son los Expositos, estauan obligados al fideicommisso? Y responde Sceuola: *Nihil proponi cur debeant præstari ab hæredibus Titiæ, cum ab vsufructuario alimenta relicta sint.*

35 Nec tunc obstat quod dicitur in contraria iuris alleg. n. 68 quia respondit ipse Scæuola con la razon de decidir a el texto, *Cum ab vsufructuario alimenta relicta sint.* Y en nuestro caso fue lo mismo, porque el vsufructo delos Oficios se dexò a los Escriuanos, con cargo y grauamen que cada vno de ellos pagasse el legado. Y el dezir el texto que los legatarios pagassen *ex redditu fundi*, es para que los herederos de el legatario no quedassen obligados, sino es q̃ huuiesse volũtad del testador. Huuo dos questiones en este texto: la primera, si muerto el vsufructuario, estaua obligado el heredero dela testadora a pagar el legado, que es nuestro caso: y en este responde: *Nihil proponi, &c.* Y la razon es, *Cum ab vsufructuario relicta sint*. Otra question fue: Si los herederos del vsufructuario debian pagar el legado? Y dize q̃ no. Y para esta

respues

respuesta es la razon que pondera la otra parte porque fue restringido al vsufructo del fundo, y lo limita el texto, *Nisi manifestè probetur testatorem voluisse etiam fructus post usufructum præstari.*

36 Y esto se haze mas claro con dos principios legales, porque el legatario aunque no esté restringido el fideicommisso, nunca está obligado a mas de lo que le dexó el testador. l. S. in princ. D. de leg. 3. Y es brocardico vulgar: *Legatarium non onerari vltra quam honoratum* (quod quidem non procedit in hærede, el qual es obligado a todos los incommodos de la herencia, etiam vltra vires hæreditarias) y assi en la ley Titia 19. añade el Consulto: *Si modo id quod ex vsufructu receptum est, ei rei reparandæ sufficiet.* Supuesto pues este principio, lo que vltimamente se dudó en aquel texto, no fue si el heredero del testador debia el fideicommisso? Porque como queda dicho, ya estaua decidido en que no auia razon de dudar, *vt ibi propone textus.* Ni se dudó, si vltra los fructos perceptos ex fundo, estaua obligado el legatario? Porque, vt dictum est, la razon legal dicta: *Quod non teneatur onerari vltra.* Lo que se dudó fue, si de los fructos percebidos los años antecedentes estuuiessen obligados los herederos del legatario a pagar el fideicommisso? Y resuelue que no, sino a ser voluntad expressa y clara del testador. De modo que el heredero del testador nunca pudo estar obligado, vt considerat Cujac. ad tract. de ann. legat. in dict. l. Titia 19.

37 De la misma especie es el texto in l. Stichus 20. §. fin. D. de alim. & cib. leg. Y responde el Consulto las mismas palabras: *Nihil proponi cur debeant præstari ab herede Titij, sed ab herede legatarij.*

38 Lo tercero per text. in l. Lucius Titius 88. §. ciuibus. D. de leg. 2. in quo talis proponitur species. Vn testador legó a los Ciudadanos de su Ciudad vna deuda que se le debia por escritura, [illegible] obligado Seyo, luego en los codicilos mudó este legado, y mandó la misma cantidad de la escritura, y grauó a los herederos a que la pagassen de otra deuda que se le debia Tocio, la qual salio incierta, quia idoneus non erat Titius. Dudóse si los herederos estauan obligados a pagar este legado? Y responde el Consulto: *Heredes Reip. quidem dumtaxat actiones, quas [illegible] codicillis, [illegible]*

*propositum, designatus est actionem præstare debere.* De modo que con ceder las acciones cumple el heredero; idem etiam addit glosa in cap. ex parte de alienat. iud. mut. causa verf. Actiones. Ex quo textu se coligen dos cosas: la primera, que aun quando el heredero està grauado a pagar el legado, si solutio designata est en alguna cosa, o deuda señalada, no està obligado a mas que ceder las acciones contra el deudor, o contra la cosa señalada: late Ioan. Garc. de expens. cap. 4. n. 36.

39 La segunda, que con sola la asignacion de la cosa, o deuda de donde se ha de pagar el legado, induze fideicommisso de ella, como lo aduirtio Gothofredo in l. Paula Challimacho §. fin. lit. R. D. de leg. 3. Porque si se atiende a el tiempo de Papiniano autor, dict. l. Lucius Titius. O ya sea Sceuola, como en otras Pandectas, o de Paulo, como quiere Cujacio, fue mucho tiempo despues del rescripto de Diuo Pio en que concedio que a debitore posset fideicommitti: y vno de los efectos de este rescripto fue, que quando se dexaua semejante fideicommisso, el heredero quedasse obligado a ceder las acciones. l. si seruus 108. §. qui Margarita, D. de legat. 1. vbi Cujatius lib. 5. Aphricani Osualdus lib. 8. comm. cap. 7. lit. H. Y assi in dicto casibus, por la asignacion se induxo fideicommisso, y quedo el heredero obligado solo a ceder las acciones, y para induzirlo no son necessarias palabras dirigidas, ni a el grauado, ni a el heredero. l. cum quis. 37. §. Sæ yam. D. de leg. 3. Y assi quando en nuestro caso no estuuieran grauados los Escriuanos, como lo estan, bastaua la asignacion de el Oficio para que se entendiesse que ellos eran los grauados que lo auian de vsar, y el heredero no obligado a mas que a ceder las acciones contra ellos mientras durare el vsufructo, pues el vsufructo extinguido no tiene accion que ceder el heredero, como en otro caso considerat Fab. lib. 4. coniect. cap. 11.

40 Lo quarto, por lo que se deduze de la razon legal y juridica. Para lo qual se supone vna question, scilicet: Vtrùm repudiante legatum legatario, si ab ipso fideicommissum relictum sit, aliqua actio competat fideicommissario aduersus heredem ad consequendum fideicommissum. Que aunque (como diremos infra num. 61. & 62. & 63. en la respuesta a los fundamentos contrarios) es muy diferente el caso

de

de quando el legatario aceptò el legado, y se extinguiò a el caso de no averlo aceptado: y en este ay mas fundamentos para que a el fideicommissario le compeca alguna accion contra el heredero: pero para mayor fuerça de nuestro argumento, en la questiõ propuesta es indubitable, quod nulla fideicommissario competat actio, si solo tiene vn recurso, que es pedirle a el legatario que le ceda las acciones que por el legado le competen, y cedidas exercerlas contra el heredero. l. Imperator 70. D. de legatis 2. ibi: *Imperator Antoninus rescripsit, legatarium si nihil ex legato accepit, eius cui debet fideicommissum actionis suis posse cedere.* Y aunque parece que el verbo *Posse*, no induze necessidad. l. sæpe. D. de officio Præsidis l. 1. C. quom. & quando iudex. Morla in empor. iur. 1. p. tit. 2. in præl. nu. 18. lo haze preciso el Consulto, ibi: *Actionibus suis in totum cogetur cedere.* l. filius §. fin. D. de fideicõmiss. libert. ibi: *Compellendus est actiones suas exprastare.* l. 8. in princip. D. de leg. 3. ibi: *Si legatarius à quo fideicommissum relictum est, petierit legatum, id tantùm quod per iudicem exegerit præstare fideicommissario cogetur, vel si nondum exegerit actionem cedere.*

41 De modo que el remedio que tiene es obligar el legatario le ceda sus acciones, sic mirabiliter in terminis decisum fuit in Rota antiquarum, tit. de testam. decis. 21. nu. 2. vers. *His tamen non obstantibus, & pertotum:* præcipuè ibi: *Constat autem quod si cum testator legat alicui, quod alius tertius debet, certa adiecta certa quantitate, ut puta legat centum, aut decem, quæ Titius debet, quod solum est in legato, quod Titius debet, in tantum quod si nihil, aut minus vel non debet, tunc non tenetur aliunde supplere, immo hæres penitus liberatur cedendo legatario actionem contra Titium.* Y esta decision es notable, de que los Autores de nuestra facultad hazen grande aprecio, y es muy a nuestro proposito, porq̃ el legado fue en favor de vn anniversario (para lo que exagera la otra parte lo que Iuan Bautista de Luna lo amava)

42 Aunque tal vez, como sintiò Bart. in l. 8. §. certum. D. de leg. 2. si el legatario no le cediere las acciones, se le darà vna accion util quasi ex cessione, que muchas vezes se dà en el Derecho en semejãtes casos, & cum ex cessione actio directa nomine cedentis, sine cessione competat utilis: lex legata. C. de leg. l. penult. D. de hæred. vel act. vend. l. 4. C.

si certum

si certum petatur, l. 13. tit. 9. part. 6. Baldus in dict. l. ex legato, Suarez in l. post rem iudicatam, in decidendi ratione legis Regni, extensione 2. nu. 12. Othmanus lib. 6. obser. cap. 6. & ita rectissime in hoc casu sentit Cujacius in l. Titius 69. D. de acti. legi. y de este modo entiende la l. Scaeuola 92. D. de vsufr. leg. & l. Titius 43. D. de act. empti, donde aunque aya repudiado el legatario el legado, todavia le queda accion a el fideicommissario para pedirle a el heredero, hoc est, con la que cedio el legatario, o con la vtil quasi ex cessione, idem Cujacius, lib. 20. quaest. Papin. in dict. l. Imperator 70. D. de leg. 2.

43 Esto supuesto, se deduze de ello vn argumento ineuitable para nuestra pretension, porque si el fideicommissario nunca tiene accion contra el heredero, y en caso que repudiò el legatario, solo tiene la accion vtil que el le cede, o la vtil quasi ex cessione, en caso que se extinguiò el vsufructo, y consiguientemente el Derecho del legatario, no tiene el fideicommissario accion ni remedio alguno contra el heredero, pues ni el legatario puede ceder la que no tiene finito vsufructo, ni darsele vtil quasi ex cessione, pues solo se dà quando el legatario pudo ceder, y no cediò.

44 Confirmase esto con euidencia con la l. Titius 41. D. de act. empti, donde se propone esta specie: Titio legò a Seia vnos esclauos, y le rogò per fideicommissum que los manumitiesse. Seia repudiò el legado, y los legados quedaron apud haeredes, los esclauos conuinieron a el heredero como fideicommissarios de su propia libertad actione vtili, vt diximus: y para esto presupone el Consulto, como necessario: *Cum legatario fideicommissum ad se pertinere noluisset, non tamen haeredem à sua petitione liberasset.* De modo que constituye diferencia entre quando el legatario repudia el legado, y quando per acceptilacion libra a el heredero de la obligacion de el. Y en el primero caso afirma que los esclauos tienen accion para pedir a el heredero: Y en el segũdo no. Y la razon si la examinamos cõforme a los principios de la Iurisprudencia, es, que quando el legatario repudia el legado, aun todavia le queda accion que ceder a el fideicõmissario, dict. l. Imperator 70. l. filius 6. fin. D. de fideicom. libert. Pero quando librò per acceptilationem a el

here-

heredero, y como antiguamente se hazia *per æs, & libram*, se dio por pagado de el legado, y se extinguio totalmete la accion, de modo que no tenia ya q̃ ceder; & per consequens no pudo tener el fideicõmissario, ni accion cedida, ni vtil quasi ex cessione. Ita Cuja. lib. 20. quæst. Papiniani in dict. l. Titius 43. Luego si quando el legatario libro a el heredero por acepta licion, no le queda recurso a el fideicommissario contra el heredero, porq̃ no tiene accion cedida, ni vtil. Ita en nuestro caso, extinguida ya la acciõ de los legatarios que lo fueron del vsufructo, por auerse acabado cõ su muerte, no tiene Doña Angela accion alguna para pedir el fideicommisso.

45 Lo quinto se comprueba nuestra pretension con la comun distincion aprobada por quasi toda la Iurisprudencia, que aplicada a nuestro caso lo haze indubitable. Scilicet, q̃ quando legatum & assignatio loci aut personæ sunt in duplici oratione, & diuersa, & sub diuersis verborum conceptionibus, talis assignatio inducit demonstrationem, ac subinde legatum debetur omnino, etiam si res assignata, aut persona pereat, aut diminuatur res: si verò vnica verborum conceptione, & vnica oratione vtrumque contineatur, tunc est taxatio, & conditionale legatum, & non debetur vltra rem, & personam assignatam in vnica oratione. Los textos con que se prueba esta distincion, y los autores que la siguen son tantos y tan vulgares, que con citar a quien lo junta todos, parece que basta: is est Dom. Ioan. del Castillo lib. 4. controuersiarum, cap. 54. per totum.

46 La aplicacion de esta distincion, y que estamos en la segunda parte de ella, se haze euidente con la Clausula de este legado, ibi: *Quiero y es mi voluntad, que los dichos Iuan Quiros de Montoya, y Geronimo de Vargas gozen de las dichas plaças de Escriuano de la Iusticia durante sus vidas, con cargo y grauamen que cada uno de ellos tenga obligacion de pagar cada dia de fiesta y trabajo a la dicha Doña Angela, &c.* No solo està comprehendida toda esta disposicion en vna oracion perfecta, sino que tiene algunas dicciones que hazen mas clara esta defensa. Lo primero con la diccion, *Cada vno de ellos*, latinè, *Quilibet*, o *Quisquis*, que junto con el verbo futuri temporis, y obligacion de pagar in futurum, haze condicional la disposicion, tabi-

ter que fue necessario para conseguir y cobrar el legado, q̃ viuiessen los grauados, y vsassen el Oficio l. factum qui. D. de leg. 1. iuncta. l. nuper. §. fin. D. de leg. 3. l. serui electione. §. Labeo. D. de leg. 1. in terminis Rota in antiquis dict. decis. 11. n. 6. Zenedo sing. 27. n. 6. y es diccion restrictiua, maximê quando sine copula est adiecta. l. ea tamen adiectio. D. de leg. 3. Surdus decis. 282. n. 6. & cons. 27. n. 47. Lo segundo la diccion, *Quiuis illorum*, cada vno de ellos, verbum enim *ille*, demonstrationem ocularem & expressam significat, Surdus decis. 125. n. 1. vbi lo mismo es vsar de semejante diccion, que si se expressara el nombre proprio. Y aqui tiene vno y otro, y repetido vna y otra vez, *Cada vno dellos*. Con cuya geminacion mostrò el testador mas claramente su voluntad de grauar solo a los Escriuanos a la paga deste fideicommisso, ex vulg. l. Balista. D. ad Trebel. Y tambien obra esta geminacion lo mismo que especialissima nominacion de grauados, Gozadinus cons. 4. n. 25. & cons. 50. n. 39. vol. 2. Lo tercero con la diccion, *Con cargo y grauamen*, q̃ induze condicion, como si dixera: *Dexoles el vso y goze de los Oficios si dieren tantos*; ex tradditis supra num. 30.

47 Y si seguimos otra distincion que haze Iuan Garcia dicto cap. 4. de expens. n. 38. es nuestra pretension mas corriẽte, videlicet si la asignacion se haze despues de perfecto el legado, quier sea en vna, o en dos oraciones, no queda restringido a la cosa señalada, sino todos los bienes de la haziẽda quedan obligados: at verô si para la perfeccion de el legado requiritur duplex oratio, veluti: *Lego Titio centum annua quæ mihi Caius pro fundo Seiano soluit*. (bien parecida clausula a la nuestra) resuelue que *Hic duplex ista oratio nihil continet, nisi dispositionem ideo taxationem inducit assignatio loci*. Y va prosiguiendo y fundando lo mismo en los numeros siguientes muy a proposito para nuestro pleyto: porque en el caso de el no huuo legado perfecto, ni aun imperfecto en fauor de Doña Angela, hasta que llegò a el grauamẽ puesto a los Escriuanos, que fue todo lo que ella tiene en su fauor, ibi: *Con cargo y grauamen que cada vno de ellos tenga obligacion de dar a Doña Angela, &c.*

48 Sextò & finaliter faciũt verba dictæ clausulæ, en la qual el testador preuino el caso de la muerte de Doña Angela, y dispu-

dispuso que si fuessen viuos los Escriuanos, pagassen la misma cantidad a la obra pia. Y no preuino el caso que sucedio siendo mas contingente, por ser Doña Angela muy moça, y ellos viejos, que naturalmente auian de morir primero, y lo demas es turbarse la orden dela mortalidad l. nã etsi parentibus. D. de inoffic. testam. Y assi este caso quedò omitido, sin que le assista voluntad del testador. l. commodissime. 10. D. de lib. & posthu. l. si ita quis 21. D. de vulg. & pup. ibi: *Non enim videtur in hunc casum substitutum*. l. si pater 26. D. eodem tit. Aunque los casos fuerã muy semejantes, y militàra en ambos la misma razon de Derecho. l. fideicõmissa. §. si cui. D. de leg. 3. l. si cum dotem 22. D. solut. matr. l. inter 26. §. fin. D. de pact. dotal. & post Cumanum, Fortunium, & alios traddit Gilchenius in l. Gallus. §. & quid si tãtum. n. 2. D. de lib. & posth. & cum Duareno, Cujatio, & Fabro traddit etiam Antonius Pichar. ad tit. de lib. & posthu. cap. 7. n. 4. Schiphord lib. 3. ad Fabr. tract. 17. q. 4. & 5. multum, & post multos dñs Castellus lib. 3. controuersiarum, cap. 12. n. 11. & seqq. & lib. 6. cap. 162. n. 2. De que resulta, q̃ auiendo preuenido el testador el caso de la muerte de Doña Angela, y omitido el que sucedio, no tuuo, ni mostrò voluntad de que en este caso se pagasse el fideicommisso, sino lo dexò a la disposicion del Derecho, por el qual muerto el vsufructuario finitur vsusfructus. §. finitur, instit. de vsufr. cum vulg. Y se reconciliò con la propriedad, cuyo señor nũca estuuo obligado a pagar este fideicommisso, y solo estuuieron los Escriuanos, tambien se acabò su obligacion con su muerte, como lo dize claramente la clausula, ibi: *Gozen de las dichas plaças durante sus vidas, con cargo y grauamen, &c.*

49 De modo que el cargo y grauamẽ de pagar el fideicommisso fue tambien temporal por sus vidas, como tambien el goze, que cessò cõ su muerte preuenida por el testador, y no el caso contrario.

50 Y finalmente quando lo que dexamos fundado tuuiera duda, q̃ no parece la tiene, en ningun caso se podia obligar a la obra pia a mas de lo que estuuieran los Escriuanos legatarios, parece tambien indubitable, y fuera de toda disputa, pues no la pueden conuenir como a heredera, sino como a posseedora de el vsufructo, quod ex legali ratione

planè

plane deducitur, porque acabado el vsufructo, no buelue a el heredero como tal, sino como a señor de la propiedad l. 32. §. 1. D. de vsufr. leg. iunctis tradditis à Cujacio lib. 11. obseruat. cap. 39. Fab. lib. 1. coniecturarum, cap. 11. quod euidenter probatur, porque en caso que el heredero no es señor de la propiedad, por auerla mandado a otro el testador, y a otro el vsufructo, muerto el legatario de este, no buelue a el heredero, sino à el legatario dueño de la propiedad l. 33. D. de vsuf. & quemad. quis vtatur, ibi: *Si Titio vsusfructus Mæuio proprietas legata sit, & viuo testatore Titius decedat, nihil apud scriptum hæredem, relinquet, & id Neratius quoque respondit*, Cujatius ibi lib. 17. quæst. Papiniani. Y assi en caso que la obra pia no fuesse dueño de la propiedad, no estaua obligada a el fideicommisso, y aunque concedieramos que siendolo lo estuuiesse, esto seria solo respecto de ser posseedora del vsufructo, con lo qual non vltra vires vsusfructus posset conueniri. *Si legatarius, à quo fideicommissum datum est, petierit legatum: id tantum quod per iudicem exegerit, præstare fideicommissario cogetur* l. 8. D. de leg. 3. Que esto era todo quanto podia pretender Doña Angela, quando no fuera tan clara la defensa para en quanto a todo el fideicommisso, y que se acabò morte legatariorum, y lo que se le dà por el auto de Vista, y con solo q̃ fuera dudoso se auia de seguir, quod minimũ est, vt ex vulg. iuris regula, & alijs traddit Dominus Castel. lib. 1. de vsufruct. cap. 9. num. 37. & seqq. & quoties animus iudicis dubitat, an legatum sit, debet pronuntiare, non esse legatũ l. si fuerit, ver sic. *Sed et si legatum*, D. de rebus dubijs, vbi Socinus num. 5.

## QVOAD QVARTVM Articulum.

51 A Los fundamentos, en que la otra parte funda su pretension, para que la obra pia le aya de pagar enteramente el fideicommisso de todos los bienes hereditarios, facillimo negotio satisfit.

52 Al primero deductum num. 37. ex. l. quidam testamẽto 96. D. de leg. 1. l. 26. D. quando dies leg. cedat: aunque es muy disputable, si la assignacion de el fundo, ò de la deuda

da ex qua debet solui legatum lo restrinja (ex quo ay las distinciones de quibus sup. a num. 44. & seqq.) aora para mayor claridad añadimos, que en los textos de esta materia se presupone, que el legado fue dexado del heredero grauado puramente, y despues assignandole de adonde lo ha de pagar, dict. l. quidam 96. D. de leg. 1. Aliis quadringentos Pamphilo volo dari, ita vt ex pensione ... y en la l. 28. D. quando dies leg. ced. Firmio Eliodoro dari volo quinquaginta, y lo que se disputa en ellos es, si por las siguientes clausulas de assignacion se le puso condicion al legado, ita vt si nihil ex re assignata fuerit redactum, nihil debeatur: y dizen los Consultos que no està restringido el legado, porque ab initio pure ab herede relictum est, y como el heredero puramente estè grauado, non temere addenda est conditio. l. penult. D. quando dies leg. cedat, ita Cujatius in dict. l. 96. Esto no tiene que ver con nuestro caso, donde los herederos no estan grauados, sino solo los legatarios, ni aqui ay assignacion, ni grauamen si puro, dexado a los Escriuanos: y la duda sola es, si extinguido el vsufructo, cuius contemplatione factum est grauamen a los legatarios, estè obligado el heredero a proseguir la paga del fideicommisso, en q̃ ay la resolucion que queda referida.

53 Pero pues la otra parte se vale de esto argumento, seanos licito el retorcello, y probar que aun en los terminos de la ponderacion que en este fundamento haze la otra parte, no fuera en todo cierta la pretension contraria, porq̃ nũca podian estar los herederos obligados a mas que los fructos del oficio, porque es particular, que quando se dexa vn legado annuo, y se assignã los fructos de que se ha de pagar, aunque sea assignacion, y no restriccion; es menester que los fructos de los siguientes años sean bastantes para resarcir la esterilidad de los passados, dict. l. Firmio 26. ibi: Respondi fructibus, Firmio pecuniæ relictæ non perceptis, vbertatẽ esse necessariam anni secundi. l. 3. D. de tritico, ibi: Ex superiori anno eius fundi. l. 17. §. fin. D. de ann. leg. Si vero ex vindemia cæterorum annorum dari possit. De los quales textos se colige, q̃ en caso q̃ sea assignaciõ la del legado annuo, todavia quedarà restringido a los fructos del fundo q̃ se assignò, y no de los demas bienes del testador: porq̃ todos los textos hablã condi-



cional,

ciona l. monte ; *Si ex redditu ceteroqui annorum reduci possit.*
Todo lo demas que se dize hasta el num. 49 no parece necessita de especial respuesta ; ya lo aduertimos, que toda la substancia de este legado, o fideicommisso, se puso, y consiste en el grauamen, y obligacion de los Escriuanos, y en toda la clausula no ay otra palabra, para formar el legado, o fideicomisso en fauor de Doña Angela, sino son los mismos que forman el grauamen : y assi tan lexos està de poderse valer la otra parte de el lugar de Iuan Garcia, que antes haze en nuestro fauor, como lo ponderamos supra num. 11. & seqq. Y de la misma qualidad es la difinicion de Antonio Fabro : y para todo se debe reparar mucho en lo que tantas vezes auiemos repetido, de que la substancia de este legado consiste y està circunscripta a el grauamen de los Escriuanos, de tal modo, que quitado el grauamen, no se hallarà en toda la clausula palabra con q̃ formar el legado de Doña Angela ; y assi no tiene fundamento dezir, que aquellas palabras: *Con cargo y grauamen que paguen doze reales a la dicha D. Angela*, miran a la paga, y no a la substãcia, porq̃ la verdad es, que no ay otras en que forme la substancia de el legado.

54 En el segundo fundamento, num. 50. se pondera, que el legado de alimentos siempre se juzga perpetuo, aunque se dexe ad diem, vel conditionem, y para ello se traen los textos in l. 1. C. de leg. l. Gaio. 6. Imperator D. de aliment. & cib. leg. Y aunque ( sin perjuyzio de la verdad que arriba queda fundada ) concedieramos que este legado era de alimentos, todavia no nos embaraçàra, porq̃ aunque las mas vezes se dexa este legado quoad viuat ; y dexado in perpetuum, se entiende mientras viuiere, argumento l. 1. D. pro socio, y cõ la muerte se extingue: Marcial lib. 9. Epigram.

*Nihil tibi legauit Fabius, Bitinice, cui tu*
*Annua, si memini, millia Sena dabas.*
*Plus nulli dedit ille; queri Bitinice nolli,*
*Annua legauit millia, Sena tibi.*

55 Pero es indubitable, que dexandose in diem, aut conditionem, se extingue el legado veniente die, aut conditione l. cum hi. 6. sed etsi non fuerint D. de transactionibus, l. Meuia 13. in princ. & 9. 1. l. 17. D. de ann. leg. & innume-

ri

& alij: Cujatius lib. 9. Resp. Papi. in dict. l. 26. §. vlt. D. quando dies leg. cedat.

56. Neque obstat iura in contrarium adducta, porque en ellos se pone vna especie, de que se legò a vnos libertos, *& si cum Claudio morati essent*, y muriendo Claudio se les impossibilitò el cumplimiento de la condicion, y assi se les debe el legado, sin ser esto especial en el de alimentos, pues en todos los que tienen condicion potestatiua, es comun que quando non stat per legatarium adimpleta conditio censeatur. l. 11. D. de condit. & demonstrat. l. in omnibus causis. D. de reg. iuris. ita Cujatius in dict. lib. Donel. lib. 8. comment. cap. 34. Y que esto no sea por ser legado de alimentos, se colige con euidencia, porque viuiendo Claudio, si los libertos no quisieran viuir con el, no se les diera el legado; luego no se les remite la condicion, nec legatum relictum censetur. Y assi enseña Cujacio en la ley 1. C. de leg. que para que se deba el legado en el caso referido, es necessario que mientras viuiere Claudio viuan con el sus libertos: alias enim defecta esset conditio, quod probatur ex l. 84. D. de condit. & demonstrat. donde poniendose la misma condicion en el legado de alimentos, dize el Consulto: *Liberti in obsequio fuerunt, quandiu adolescens ad militiam promoueretur*. Y despues añade: *Conditionem quidem in persona libertorum, qui cum filio defuncti morati sunt, aut per eos non stetit, quominus morarentur mortuo filio testatoris, defecisse nō videri*. Y lo mismo se propone in l. Mæuia. 13. in princip. & §. 1. porque si per eos extitisset, sin duda el legado se extinguiera, y assi el legado de alimentos no siempre es perpetuo: pues in dict. l. 84. aun en caso que per legatarium non stetit, dize el Consulto que se extingue el legado de alimentos si la condicion no se puso por vtilidad de los legatarios, sino en fauor de aquel con quien auian de viuir, ibi: *Sed si testator propter filij vtilitatem, his qui cum eo morati fuissent, alimenta præstari voluit, contra voluntatem defuncti petentes, audiri non oportere*. Pero *quid ineptè molimur*, supuesto que este legado fue *quoad vixerit*: y la razō de extinguirse no fue porque faltò la condicion, sino porque faltaron los vsufructuarios grauados, como in dict. l. Titia. 29. que ponderamos.

57. Ponderase desde el num. 54. que los legados son cargas siempre del heredero l. hæredem. D. de leg. 2. y reconocien

do quan flaco fundamento sea este, pues hoc se entiende segun los principios vulgares de Derecho, quando otro especialmente no està grauado, vt late Donellus lib. 8. comm. cap. 19. se recurre a las clausulas generales del testamento, en que se manda que los legados se paguen de los reditos de los juros, conque parecia que los herederos estauan grauados, y que se puede cobrar este legado de los juros: para lo qual se pondera la l. libertis quos. D. de aliment. & cib. leg. sed quamuis esta clausula es general para todos los legados, no empero para este fideicommisso, dexado de los vsufructuarios de los Oficios, porque el animo del testador fue q no quedasse grauado el principal de los juros y demas bienes, como consta de las mismas Clausulas que quedan ponderadas: y supuesto que este legado no se podia pedir de el principal de los bienes, en vano se preuiniera esto en este legado: aliter se dixera que quedaua reuocado el grauamen de los Escriuanos, cosa que no quiso el testador: es buen texto la l. legatorũ petitio 33. §. 1. D. de leg. 2. cuius hæc sunt verba: *Qui plures hæredes instituit, testamento à quibusdã nominatim relinquit legata: postea codicillos ad omnes hæredes scripsit, quæro qui legata debeant? Modestinus respondit, cùm manifestè testator testamento expresserit, à quibus hæredibus legata præstari debere, licèt codicillos ad omnes scripserit, apparet tamen, eaque codicillis dedit, ab his præstanda esse, quos munere fungi debere, testamento suo ostendit testator.* No parece necessita de ponderacion, pues claramente dize que el legado particular hecho de vn heredero, aunque despues ponga el testador otras clausulas generales, y los graue a todos, no se entiende en los legados en que ay especial grauado: ita Cujatius lib. 4. respon. Modest. in dict. l. legatorum. §. 1.

58 Ni obsta el dezir que por la clausula general no se deroga la especial, sino que puede vsar de ambas, porque esto fuera contra la misma clausula, ibi: *Ni se pueda pedir, ni cobrar de los principales de los juros, ni tributos, ni otra hazienda mia.* Demas de q como diximos, si esta clausula perteneciera a este fideicõmisso, era sin duda q estaua reuocado el grauamẽ de los Escriuanos cõtra la ley legatorũ petitio. §. 1. D. de leg. 2.

59 Y menos obsta el texto in l. libertis quos. D. de aliment. vel cib. leg. donde se proponen dos legados, vno general, y

otro

otro especial, y ambos se le debē al liberto, porque esto es muy diferente de nuestro caso, pues por auerle dexado vn legado, no queda incapaz de recibir otro, y assi fuera absurdo que se negasse el legado general, nam potest quis pluribus honoribus cumulari: y en este caso el testador nō satis vno legato prouisum censuit: a el contrario del nuestro, donde auiendole señalado de adonde ha de cobrar señaladamente, no puede estar, ni està este legado comprehēdido en la clausula general, vt in dict. l. legatorū. 33. §. 1.

60 Lo vltimo que se pondera por la otra parte desde el n. 64. que parece tiene mas fuerça, y que se ajusta mas a el caso de este pleyto, y se funda principalmente en la l. si ab eo 9. D. de vsufructu leg. adonde dexandole vn vsufructo a vn legatario, y grauadole cō vn fideicommisso, dize el Consulto que si repudia el legado, *remanet apud heredem cum onere*: Y de aqui se saca el argumento, que lo mismo ha de ser quando se acaba el vsufructo por muerte del legatario. Tambien se pōdera la l. pater. 29. D. de leg. 2. vbi auiendo muerto el legatario antes que el testador, el fideicommisso dexado de el legatario lo debe pagar la hija instituyda por heredera a quien se adquiere el legado: lo mismo se ha de dezir en nuestro caso, en que dize el contrario, que este legado se hizo caduco, res quidem magna, pero incierta, y que no se hallarà in l. vnica. C. de caducis tol. y lo que se añade, de q̄ el heredero de suo debet soluere legatū.

61 Y aunque en nuestros fundamentos sup. nu. 39. & 40. tocamos algo de el text. in l. ab eo. D. de vsufr. leg. aora no podemos escusar el dar satisfacion indiuidual a este fundamento, con la diferencia que apuntamos, de quando el legado non peruenit ad legatarium, ò porque repudiò el legado, que entōces tiene el fideicommissario recurso, ò ya por la accion cedida, o por la vtil quasi ex cessione, para pedirle a el heredero, o porque muriò antes que cediesse dies legati, porque entonces se hazia caduco, y regularmente cadebat in Fiscum cum suo onere, Vlpianus, tit. 17. sino es q̄ fuesse legado de vsufructo, vt in dict. l. si ab eo. 9. en el qual era especial el no hazerse caduco: porque si el vsufructo cayera en el Fisco, como este es perpetuo, quedarà inutil la propiedad: ita Cujatius in rep. D. de vsufruct. leg. in d. l. 9.

 Y assi

Y assi como en lugar del Fisco sucedia el heredero, manebat legatum cum onere; pero quando se extinguiò el vsufructo legado por muerte del vsufructuario, no le queda accion alguna al fideicommissario, porque se extinguiò totalmente la que tenia el legatario, y el heredero no està obligado, porque no sucede en lugar de el Fisco, y en este caso no auia caduco (como despues diremos) assi explica la cõtrariedad de estos textos, cõ la l. Titia. 19. D. de annu. leg. Cujatius in repetition. huius, tit. de ann. leg. in dict. l. Titia, ibi: *Non pugnat cum l. si ab eo, tit. sequenti, quia lex non de vsufructu loquitur, qui desijt esse, & amissus, ad proprietatem reddit, sed de vsufructu, qui nunquam cœpit esse, quique semper remansit penes proprietarium, vsusfructus ille qui recurrit ad proprietatem, sine onere recurrit ex causa lucratiua; hic qui nunquam à proprietate recessit, remanet penes proprietarium cum onere.*

62 De modo que esclara la diferencia de quando el vsufructo non peruenit ad legatarium, o quando peruenit, & extinctus est, con que non obstat l. si ab eo. 9. ni tampoco obsta la ley pater. 29. si se atiende bien su especie: porque en ella el legado non peruenit ad legatarium, y el heredero sucedio en lugar del Fisco: porque en los terminos de ella, el legado auia de ser caduco, y pertenecer al Fisco cum suo onere, y por ser el heredero ex liberis testatoris, remansit apud hæredem por especial priuilegio de la ley Papia, Vlpianus in fragmentis, tit. 17. & 18. l. 3. §. 1. D. de ijs qui pro non scriptis: *Iugum enim suum his imponere erubuit.* l. vnica. §. & cum eis C. de cad. tolend. y assi el heredero sucedio en lugar de el Fisco, y es el mismo caso que el de la l. si ab eo. 9.

63 A el contrario en el nuestro, aun en tiẽpo de la ley Papia, no podia auer caduco, ni el heredero suceder en lugar de el Fisco, porque en adquiriendose a el legatario el legado, cessauan los caducos, que solo tenian lugar mortuo legatario, vel ante mortem testatoris post factum testamentum, vel post mortem, & ante apertas tabulas, porque entonces cediò el dia de el legado, dict. l. 1. §. & cum triplici, C. de cad. tol. Conq̃ se conoce el error en estos principios, quando se dize caducò el vsufructo q̃ recurre a el heredero, siendo assi, que el caduco es el que in Fiscum cadit, Vlp. d. tit. 17.

Vlti-

64 Vltimamente [illegible] que quedamos satisfechos, [illegible] por la otra parte [illegible] cosas q o importa la incerteza assi el Hecho, y Derecho, como por la falta de aplicacion a el caso presente, no [illegible] de otra respuesta, solo porque se exagerà mucho por Doña Angela el amor que le tuuo el testador, y yo reconozco que hizo muchas demonstraciones de ello: pero no es tolerable el quererlo comparar cō el que tuuo a los Expositos: porq demas de lo que el Derecho dispone en la disputa de la voluntad, scilicet, qualis se præsume magis dilectus à testatore hæres an legatarius, *cum hereditates non modo honesto titulo, sed & pleniore honore tribuantur*, vt inquit Vlpianus in l. filium, §. sed et si portio, D. de leg. præst., y Ciceron in oratione pro Quintio lo llama a el titulo de heredero, *summum honorem*, y por ser cierta la predileccion de el heredero no se contenta el Derecho con que el padre dexe a el hijo su legitima, alio titulo, quam hæredis, Authentica vt cum de app. cognoscitur, §. aliud quoque capitolo, y assi en la competencia entre el legatario, y el heredero se ha de tomar la interpretacion menos grauosa a este, l. Titia, §. qui in vita, l. vnum ex familia, §. si rem tuam, D. de leg. 2. l. nummis, D. de leg. 3. l. Sthico in fin. D. de vsufructu leg. y quod minimum est en fauor del heredero, latè Menochius de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 106. num. 17. el difunto nos quitò de esta question con las palabras de la clausula de institucion de heredero, que es esta.

65 *Item digo, que dandome a conocer el Padre Francisco de Soto de la Compañia de Iesus mi Confessor, la obra admirable de los Niños Expositos de la Cuna del Glorioso San Ioseph de esta Ciudad, y como son hijos de Dios por estar en Gracia, por ser su necessidad estrema, y no auer tenido en Seuilla remedio, ni amparo, ni Patrono ninguno, y conociendo que esta obra era muy agradable al Niño Iesus, para mayor satisfacion de mis culpas, y Gloria suya, en el mismo dia que la Santissima Virgen Santa Maria, concebida sin mancha de pecado Original, puso en el Pesebre a su Hijo Vnigenito como a Niño Exposito, y dando principio y exemplo a esta Diuina obra, mouido mi coraçon por las palabras del dicho Padre Francisco de Soto, para que el primer dia de Pasqua de la Nauidad de Nuestro Señor, fundasse el Hospital y Casa de los Niños Expositos*

que

*que oy eſtàn en la Calle de Francos, haziendo a el Niño Ieſus, y a los demas Niños, Imagines vivas ſuyas, herederos del remaniente de todos mis bienes y mayorazgo de mi alma, auiendo cumplido y pagado lo contenido en eſte mi teſtamento, mandas y legados, hago la dicha fundacion, con las condiciones, y en la manera ſiguiente.*

Cum quibus pro nobis reſpondendum ſperamus. Salva in omnibus tua digniſsima cenſura, cui dicta libentiſsimo animo ſubmittimus.

*El Lic. Duran de Torres.*